Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg28
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 28 (2020)
http://dx.doi.org/10.12946/rg28/120-131

Rg 28 2020 120 – 131

Klaus Günther *

Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?

[Criminal Law's Democratic Transformations in Modernity?]

* Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main / Forschungsverbung »Normative Ordnungen« der Goethe-Universität Frankfurt am Main, k.guenther@jur.uni-frankfurt.de

Dieser Beitrag steht unter einer Creative Commons Attribution 4.0 International License

Recherche research

Tamar Herzog	18	Germanic or Roman? Western European Narratives of Legal Origins
Christoph H. F. Meyer	31	Römisches und kanonisches Recht kurz und bündig. Zur Epitomierung lateinischer Rechtstexte zwischen Spätantike und Moderne
Thomas Pierson	68	From Late Medieval City Employees to Early Modern Civil Servants. Employment Relationships as Reflected in the Frankfurt Contract Documents
Martin P. Schennach	95	»There is no other European state whose constitution consists of so many anomalies.« The Austrian Doctrine of Public Law in the Second Half of the 18th Century
Klaus Günther	120	Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?

Fokus focus

Finanzmärkte, Spekulation und Regulierung

Carsten Fischer, Andreas Thier	134	»Computing all their cost and trouble« – Finanzmärkte, Spekulation und Regulierung seit der Frühen Neuzeit: Diskurse, Narrative, Strategien. Eine Einleitung
Michael North, Andreas Thier	142	Grenzen der Regelungsmacht von Recht und hoheitlicher Herrschaft: Geld- und Bankenkrisen vom Spätmittelalter bis zur Einführung des Goldstandards
Christian Kullick	151	»Lotteriefieber« und legislative Reaktionen: Die Reichsstadt Frankfurt in den 1770er und 1780er Jahren
Alexander Engel, Johannes W. Flume	164	Bullen, Bären – und Lämmer? Auseinandersetzungen um die Börsenfreiheit und die Terminspekulation des »unberufenen Publikums« im 19. Jahrhundert
Dieter Ziegler	183	Die Peelsche Bankakte und die Stabilität der Finanzmärkte in England, 1844–1890
Louis Pahlow	199	Bankenregulierung im Zeichen ordnungspolitischer Divergenz: Das Deutsche Kaiserreich und die Formierung der Finanzmärkte im späten 19. Jahrhundert
Peter Collin	215	Selbstregulierung des Wettbewerbs. Konkurrenz und Kooperation von Sparkassen, Banken und Kreditgenossenschaften im frühen 20. Jahrhundert
Jurij Murašov	232	Jenseits der Erzählbarkeit. Die Finanzwirtschaft in der Literatur der 2000er Jahre (Don DeLillo, Elfriede Jelinek, Vladimir Sorokin)

Fokus focus

Knut Wolfgang Nörr (1935–2018)

Jan Schröder 246 Im Gedenken an Knut Wolfgang Nörr: Einleitung

Wolfgang Ernst 249 Knut Wolfgang Nörr in der Historiographie des Prozessrechts

Bertram Schefold 257 Knut Wolfgang Nörr und die Geschichte des Wirtschaftsrechts in ökonomischer Perspektive

Jan Thiessen 265 Die Republik der Wirtschaft 3.0

Kritik critique

Marina Martin 280 A Springboard to Revolutionize the Future

Frederick Cooper, Citizenship, Inequality and Difference

Lorena Atzeri 282 Il mondo del diritto in Tacito

Jens Petersen, Recht bei Tacitus

Caspar Ehlers 284 Von Knochen und Recht

Mathieu Vivas (Hg.), (Re)lecture archéologique de la justice

Simon Groth 286 War and Peace

Christoph Haack, Die Krieger der Karolinger

Amalia D. Kessler 289 Reexamining the Parlement of Paris and the French *État de droit*

Françoise Hildesheimer, Monique Morgat-Bonnet, Le Parlement de Paris

Sabine Dabringhaus 291 Asiatische Weltordnungen seit Genghis Khan: Eine Verflechtungsgeschichte

Timothy Brook et al. (Hg.), Sacred Mandates. Asian International Relations

Thomas Duve 293 *Iberian Worlds*: imperial, vergleichend, global

Fernando Bouza et al. (Hg.), The Iberian World: 1450–1820

Ângela Barreto Xavier et al. (Hg.), Monarquias Ibéricas em Perspectiva Comparada

Bartolomé Yun-Casalilla, Iberian World Empires and the Globalization of Europe

Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva 296 Conectando Impérios das »Ásias« às »Américas«

Sanjay Subrahmanyam, Empires Between Islam and Christianity

Tilman Repgen 299 A Step towards a Theory of Human Rights

Danaë Simmermacher, Eigentum als ein subjektives Recht bei Luis de Molina

Manuel Bastias Saavedra 301 The Many Histories of World Society

Giuseppe Marcocci, Indios, chinos, falsarios

Kritik critique

Albrecht Cordes	303	Die Organisationsrevolution von 1600/1602
		Ron Harris, Going the Distance. Eurasian Trade and the Rise of the Business Corporation
Juelma de Matos Ñgala	307	Julgamento em escala Atlântica
		Charlotte de Castelnau-L'Estoile, Páscoa et ses deux maris
Max Deardorff	309	Further from Mecca: Morisco Emigration to the Spanish Americas
		María Magdalena Martínez Almira, Musulmanes en Indias
Giovanni Pizzorusso	311	Ordini militari nell'Impero portoghese: una revisione
		Fernanda Olival, The Military Orders and the Portuguese Expansion
Gilberto Guerra Pedrosa	313	Expedición a Valdivia
		Mark Meuwese, To the Shores of Chile
Caspar Ehlers	315	Von der Signifikanz des Graffito
		Gary Watt (Hg.), A Cultural History of Law
Bruno Lima	319	Multinormatividade da Escravidão
		Edward Rugemer, Slave Law and the Politics of Resistance
Elena Borodina, Alice Plate	321	Staatsorgan oder flexible Einsatztruppe?
		Dmitrii Serov, Aleksandr Fedorov, Sledovateli Petra Velikogo [Die Ermittler Peters des Großen]
Carlos Sánchez-Raygada	324	Confraternities' Constitutions and *Patronato Real* in 18th-century Lima
		Emilio Luis Arizmendi Echecopar, Las cofradías en la Lima del siglo XVIII
George Rodrigo Bandeira Galindo	325	El muy largo siglo XIX del derecho internacional
		Inge van Hulle et al. (eds.), International Law in the Long Nineteenth Century
Michael Stolleis	327	Juristische Zeitgeschichte im hexagonalen Blick
		Frédérik Audren et al. (Hg.), Histoires contemporaines du droit

Kritik critique

Harm Klueting	329	L'*Aufklärung* catholique – possible et nécessaire
		Hubert Wolf, Verdammtes Licht
Timothy L. Schroer	332	The Modern Chinese State's Fight against Smuggling
		Philip Thai, China's War on Smuggling
Michael Stolleis	334	Zu Recht vergessen?
		Nikolaus Marsch et al. (Hg.), Apokryphe Schriften
Fupeng Li	336	Multilocality in Global Context: Transforming Modern beyond Borders in East Asia
		Nianshen Song, Making Borders in Modern East Asia
Thomas Duve	338	Vom Nutzen der Geschichte für das Recht
		Thomas Gutmann et al. (Hg.), Genesis und Geltung
Yanna Yannakakis	342	The Making of Mexico's Indigenous Other
		Paula López Caballero et al. (eds.), Beyond Alterity: Destabilizing the Indigenous Other
Reinhard Zimmermann	344	Ein Hamburger Potpourri
		Tilman Repgen et al. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg
Winner Ijeoma	351	A New Epoch for African Courts
		Ellen Feingold, Colonial Justice and Decolonization
Leonard Wolckenhaar	353	Die knarrende Stimme des Korporatismus
		Jonas Hagedorn, Oswald von Nell-Breuning SJ
Thomas Clausen	356	Who Was Ludwig Frege?
		Johanna Rakebrand, Der Rechtsmensch Ludwig Frege
Philippe Lagassé	358	Crowned Encyclopedia
		Anne Twomey, The Veiled Sceptre. Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems
Jan Julia Zurné	360	Norwegian Judges during the Second World War and Their Shortcomings
		Hans Petter Graver, Der Krieg der Richter
Ino Augsberg	362	Staatsgeschichten
		Gabriele Metzler, Der Staat der Historiker

Kritik critique

Anselm Küsters 365 Writing the History of the FAZ: Rise and Fall of an Ordoliberal Leitmotif

Maximilian Kutzner, Marktwirtschaft schreiben

Vera Fritz 367 Connaître le passé pour construire le futur

Giuliano Amato et al. (coords.), The History of the European Union

Nina Keller-Kemmerer 369 Der Geist von Bandung

Luis Eslava et al. (Hg.), Bandung, Global History, and International Law

Jasper Kunstreich 371 Umschreibung und Einschreibung – wie Privatrecht Kapital kodiert

Katharina Pistor, The Code of Capital

Marginalien marginalia

Juliane Voß-Wiegand 376 Historische Geldzeichen in der Numismatischen Sammlung der Deutschen Bundesbank

Abbildungen 381 illustrations

Abstracts 383 abstracts

Autoren 391 contributors

Abstract

The more modern societies become democratic, the more criminal law gets on the agenda of public debate and democratic will formation. The article analyses the historical conditions, essential features and consequences of criminal law's democratic transformation. The focus is on the increasing importance of constitutional duties to protect, on the need for social cohesion in pluralistic societies, on the communicative function of criminal law, on the role of the modern welfare state and on the increasing vulnerability of individuals in complex social structures. Legal multinormativity goes hand in hand with a unified communicative function of criminal law, which becomes a medium for the public performance of fundamental values. But different to Durkheim's observation that criminal law articulates and re-affirms fundamental values of social cohesion, modern criminal law has the task of establishing them. This task tends to overstrain criminal law and its adressees. This becomes obvious in recent criminal law theories which presuppose a general obligation of citizens to adopt duties of care and respect. These are criticized at the end of this article.

Keywords: criminal law, communicative theories of punishment, democracy, multinormativity, vulnerability

Klaus Günther

Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?*

1 Demokratie und Strafrecht

Schon immer wurde Kriminalpolitik, sei sie expansiv strafbarkeitserweiternd, sei sie intensiv strafverschärfend, nicht nur durch das Interesse des Staates an seiner eigenen Machterhaltung und -erweiterung angetrieben. Nach Max Weber ist staatliche Herrschaft langfristig auch auf den Legitimitätsglauben der Bevölkerung angewiesen.[1] Im Idealfall stützt sich dieser Legitimitätsglaube nicht (nur) auf Traditionen und das Charisma der Herrscher, sondern vor allem auf Gründe, die in rechtlich institutionalisierten demokratischen Verfahren der Wahl und der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung hervorgebracht werden. Der Glaube an die (demokratische) Legalität der Herrschaft ist ein eigener Idealtypus des Legitimitätsglaubens.

Soweit dies der Fall ist, können öffentlich erhobene Kriminalisierungswünsche und Forderungen nach verschärfter Bestrafung bestimmter Delikte vom demokratischen Gesetzgeber nicht einfach ignoriert werden. Die eigentümliche Doppelnatur des Strafrechts wird in rechtsstaatlichen Demokratien öffentlich und damit zugleich politisch: Es garantiert den Schutz der Staatsbürger vor willkürlicher Machtausübung des Staates, soweit dieser sich strafrechtlicher Instrumente bedient, indem es deren Gebrauch wenigstens dem (parlamentarischen) Gesetzlichkeitsprinzip und den *Habeas corpus*-Grundrechten unterwirft. Gleichzeitig öffnet das Gesetzlichkeitsprinzip in einer Demokratie auch den politischen Raum für kriminalpolitische Forderungen. Sie werden in der Regel von Moralunternehmern erhoben, die für ihre Kriminalisierungswünsche nach politischen Mehrheiten im demokratischen Strafgesetzgebungsverfahren suchen – innerhalb verfassungsrechtlicher Grenzen.

Dabei können sich Moralunternehmer selbst auf die Verfassung, namentlich die Grund- und Menschenrechte, berufen. Auch diese Rechte sind doppelfunktional: Als Abwehrrechte schützen sie den Einzelnen vor dem willkürlichen Zugriff staatlicher Strafmacht, von der Strafgesetzgebung über das Strafverfahren bis zum Strafvollzug. Als objektive Prinzipien begründen sie eine Schutzpflicht oder Schutzverantwortung des Staates für die Grundrechte eines jeden Bürgers gegen Verletzungen durch Dritte, also durch nicht-staatliche Akteure. Zwar ist ein subjektives Recht (*ius puniendi*) des Opfers gegenüber dem Staat auf Bestrafung des Täters oder ein subjektives Recht potentieller Opfer auf Kriminalisierung schädigender Verhaltensweisen Dritter durch die staatliche Strafmacht (noch) nicht anerkannt. Dem Gesetzgeber wird außerdem von den meisten Verfassungsgerichten eine weitreichende Prärogative sowohl bei der Einschätzung der Strafwürdigkeit schädigender Verhaltensweisen als auch bei der Wahl der Mittel zu deren Prävention eingeräumt (mit der Pflicht, weniger eingriffsintensive alternative Regelungen der Kriminalisierung vorzuziehen).[2] Gleichwohl hat die Berufung auf die staatliche Schutzpflicht eine kriminalpolitische Dynamik in Gang gesetzt, deren strafbarkeitserweiternde und -intensivierende Folgen die Funktion des Strafrechts als »Verbrechensbekämpfungs-Begrenzungs-Recht« (Wolfgang Naucke) zu überwiegen beginnen.[3] Dies wird im Völkerstrafrecht, wenn auch nicht nur hier, besonders deutlich. Es steht explizit unter dem

* Überarbeiteter Vortrag, der 2017 in dem Workshop *Strafrecht, Sicherheitsgewährleistung und Diversität* in rechtshistorischer Perspektive am Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, (gemeinsam mit dem MPIeR) und 2019 beim deutsch-griechischen Strafrechts-Symposion, Aristoteles-Universität Thessaloniki gehalten wurde. Beide Veranstaltungen waren Teil des gemeinsam mit dem MPIeR realisierten Forschungsprojekts zu Multinormativität innerhalb des Exzellenzclusters EXC 243 *Die Herausbildung normativer Ordnungen* an der Goethe-Universität Frankfurt am Main 2012–2019. Eine dritte Version wurde schließlich 2020 im Dienstagsseminar des Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main diskutiert. Ich danke allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern für ihre hilfreichen Diskussionsbeiträge.

1 Weber (1976) 122 ff. (Kap. III. 1).

2 Vgl. nur BVerfGE 143, 53.

3 Naucke (1982) 564; Günther (2013a).

Anspruch, potentielle oder aktuelle Opfer vor massiven Verletzungen ihrer elementarsten Menschenrechte zu schützen, von den völkerstrafrechtlichen Tatbeständen bis zum Strafverfahren. Dabei geht es nicht nur um staatliche, sondern auch um para-staatliche Akteure, z. B. in Bürgerkriegen. Schließlich scheint die Bedrohung der Grundrechte durch Dritte, namentlich durch Träger »privater Macht«, wie z. B. große, transnational operierende Wirtschaftsunternehmen, organisierte Kriminalität oder Cyberkriminalität, inzwischen mindestens ebenso gefährlich wie die unmittelbare Bedrohung durch staatliche Macht zu sein.[4]

2 Demokratie und symbolische Kriminalpolitik

Kriminalitätsfurcht lässt sich selbstverständlich auch in einer Demokratie politisch instrumentalisieren, um durch den »symbolischen Gebrauch der Politik«[5] den Anschein zu erwecken, soziale Problemlagen und Konflikte durch scheinbar einfache, rasch die öffentliche Aufmerksamkeit und spontane Zustimmung erregende politische Reaktion zu bewältigen. Das Strafrecht gilt wegen seiner Eingriffsintensität, seiner expressiven Bedeutung und der damit einhergehenden Öffentlichkeit als bevorzugtes Mittel dafür. Auf diese Weise lässt sich der Legitimitätsglaube einer durch Kriminalität scheinbar oder zu Recht beunruhigten Bevölkerung zumindest vordergründig und kurzfristig stabilisieren. Ein symbolischer Gebrauch wird von Kriminalpolitik auch dann gemacht, wenn politische Akteure soziale Probleme umdefinieren, d. h. von einer Kategorie – z. B. einer sozial- und wirtschaftspolitischen – in eine andere – die kriminalpolitische – verlagern. So werden immer wieder soziale Ängste verschoben: in die Furcht vor Kriminalität durch gesellschaftliche Randgruppen. Aktuell geht es vor allem um wirtschaftliche Sorgen, konkret um die Angst vor Nachteilen bei der Arbeitsplatz- und Status-Konkurrenz zwischen Teilen der Bevölkerung und vor den damit einhergehenden gesellschaftlichen Anerkennungsverlusten, die als Furcht vor sogenannten verwahrlosten Jugendlichen, vor Ausländern und Zuwanderern oder vor dunklen Machenschaften transnational organisierter Kriminalität artikuliert werden.

Allerdings besitzt nach Murray Edelman die Demokratie auch eine gewisse Affinität zum symbolischen Gebrauch der Politik. Wenn um politische Mehrheiten öffentlich gerungen werden muss, kämpfen Moralunternehmer für ihre kriminalpolitische Agenda um die knappe Ressource öffentlicher Aufmerksamkeit, und die Regierungsparteien verteidigen ihre »politische Prämie auf den legalen Besitz der Staats-Macht« (Otto Kirchheimer / Carl Schmitt) angesichts der gleichen Chance konkurrierender politischer Parteien, nach der nächsten Wahl an deren Stelle zu treten. All dies trägt dazu bei, den expressiven, symbolischen und performativen Charakter politischer Aktivität gegenüber ihrer strategisch-instrumentellen Zweck-Mittel-Struktur zu verstärken sowie gegenüber dem Raum öffentlicher, auf rationale Gründe gestützter Deliberation zu immunisieren. Die Frage der empirisch nachprüfbaren Wirksamkeit wird dann ebenso vernachlässigt wie die Frage nach der Verhältnismäßigkeit und der Rechtfertigung des damit verbundenen Eingriffs in Freiheitsrechte. Gleichzeitig besitzt jedoch ein demokratischer Rechts- und Verfassungsstaat auch die wirksamsten Mittel gegen die darin enthaltenen Risiken. Eine pluralistische Öffentlichkeit, parlamentarische Repräsentation, Gewaltenteilung, verfassungsgerichtliche Kontrollmöglichkeiten einschließlich eines wirksamen Grundrechtsschutzes für Minderheiten gegenüber der jeweiligen Mehrheit sorgen – wenn sie halbwegs gut funktionieren – dafür, dass symbolische Kriminalpolitik nicht zu einem Feindstrafrecht der Mehrheit gegen Minderheiten wird.

Allerdings werden diese strafrechtsbegrenzenden, staatliche Strafmacht zähmenden Mittel des demokratischen Rechtsstaates in jüngerer Zeit zunehmend in Frage gestellt. Ursprünglich enthielt das allgemeine und gleiche Gesetz, soweit es das Resultat eines allgemeinen und inklusiven demokratischen Gesetzgebungsverfahrens ist, auch eine wirksame Sicherung. Jeder Staatsbürger sollte in der Rolle des Mitgesetzgebers einem Gesetz nur unter der Bedingung zustimmen können, dass er es für sich auch in der Rolle des Normadressaten (mit

4 Naucke (2012); dazu Becker / Rönnau (2018).
5 Edelman (1964); Hassemer (1989); Kunz (2010).

seinen vorhersehbaren Nachteilen für den Betroffenen) akzeptieren könne (Rousseau, Kant; für Beccaria das zentrale Argument gegen die Todesstrafe[6]). Diese *prozedurale* Garantie für die Unparteilichkeit eines demokratischen Strafrechts, das Einzelne weder diskriminiert noch privilegiert, funktionierte aber schon zur Zeit ihrer Schöpfer nicht, als die Lebensverhältnisse noch homogener und überschaubarer waren als heute. Sowohl die ökonomische Entwicklung der Arbeitsteilung und der Globalisierung als auch die sozialen Prozesse der funktionalen Differenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme sowie schließlich die kulturellen Prozesse der Individualisierung, Pluralisierung und Diversifizierung von Lebensformen haben dazu geführt, dass die der Verallgemeinerungsoperation innewohnende Nötigung, sich als hypothetischer Mitgesetzgeber in die Lage des von dem Gesetz und seinen Eingriffsfolgen Betroffenen zu versetzen, ihre Unparteilichkeit generierende Wirksamkeit verliert. Damit vergrößern sich die Chancen einer zielgerichteten *regulatory capture* der Gesetzgebung für die je eigenen Interessen. Minderheiten können sich so auf Kosten der Mehrheit *privilegieren*, während die Mehrheit die Chance bekommt, Minderheiten zum eigenen Vorteil zu *diskriminieren*.[7] Dies gelingt immer dann, wenn man als Mitgesetzgeber sicher vorhersehen kann, dass nur die jeweils *anderen* (Minderheit oder Mehrheit) von den negativen Eingriffsfolgen eines Gesetzes in die eigene Lebensführung betroffen sein werden, und wenn es gelingt, dies öffentlich und symbolisch so darzustellen, als würde dadurch das Gemeinwohl vermehrt.

3 Begrenzung oder Expansion demokratischer Strafgesetzgebung durch Grund- und Menschenrechte?

Eine Antwort auf diese Gefahr war schon früh die Begrenzung der demokratischen Strafgesetzgebung durch die eingangs erwähnten, vor allem Minderheiten schützenden Grund- und Menschenrechte. Allerdings ist auch dieser Schutzmechanismus in *doppelter* Hinsicht zweifelhaft geworden: *Erstens* durch die oben erwähnte Komplementierung der Abwehrfunktion dieser Rechte gegen staatliche Strafmacht mit der objektivierenden Schutzpflicht-Funktion zur Mobilisierung staatlicher Strafmacht für den Schutz der Rechte Dritter. Eine Folge davon ist, dass beide Funktionen kollidieren oder sogar in ein Nullsummenspiel geraten können: Jede Stärkung der Rechte eines (potentiellen) Straftäters und Beschuldigten wird als Schwächung der Rechte der (potentiellen) Opfer angesehen.[8] *Zweitens* gerät der Schutzmechanismus der Grund- und Menschenrechte in jüngster Zeit in den Sog einer Kritik, die im Namen der Demokratie auftritt und das Recht als Hürde demokratischer Selbstbestimmung in Frage stellt: Das Recht wird gegen die Demokratie ausgespielt, wenn und soweit es die Rechte von Minderheiten gegen demokratische Mehrheiten zur Geltung bringt.[9] Kritisiert wird u. a. eine »hyperindividualistische, moralisierende Konzeption der Menschenrechte, von der primär sexuelle und religiöse Minderheiten profitieren, die jedoch nicht auf die Forderungen nach Gleichheit und Freiheit des größeren Teils der Bürgerinnen und Bürger eingeht«.[10] Von da aus ist es nicht mehr weit zu der Forderung, dass die Lebensform der Mehrheit (d. h. ihre Normen des Anstands, der Moral, der Sitte) auch strafrechtlich gegen die abweichenden Lebensformen (vor allem sexueller und bestimmter religiöser, aber auch kultureller) Minderheiten geschützt werden müsste, bzw. dass diese nicht durch einen »übertriebenen« Grund- und Menschenrechtsschutz »privilegiert« werden dürfte. Ist dieser Schutz erst einmal erfolgreich vermindert worden, lässt sich mit der Kriminalisierung leicht der nächste Schritt tun.

Abgesehen davon, dass eine einseitige ethische Deutung der Grund- und Menschenrechte durch die (vermeintliche) Mehrheit, die ihre eigene, als maßgeblich empfundene Lebensform (unter Absehung von aller Heterogenität und Diversität auch innerhalb der Mehrheit) gegenüber den diversen Lebensformen privilegiert, Grund und Sinn dieser Rechte verfehlt, führt die Entgegensetzung von Recht und Demokratie noch zu einem weiteren Problem. Sie bringt das Risiko eines allgemeineren

6 Dagegen erhebt Kant den Einwand, dass es keine Strafe sei, »wenn einem geschieht, was er will, und es ist unmöglich, gestraft werden zu wollen« (Kant [1797] A 203). Freilich hält auch Kant daran fest, dass »ich, als Mitgesetzgeber« das Strafgesetz gegen mich »als einen des Verbrechens Fähigen, folglich als eine *andere Person*« abfasse (ebd.; *Hervorhebungen K.G.*).

7 Günther (2005a).

8 Garland (2001) 11.

9 Mathieu (2017). Vgl. dazu Günther (in Vorbereitung).

10 Mathieu (2018) (*Übersetzung K.G.*).

Nullsummenspiels mit sich, das am Ende gleichermaßen zur Zerstörung des Rechts wie der Demokratie führt. In einem demokratischen Verfassungsstaat kann demokratische politische Gesetzgebung nur als Prozess einer dynamischen Fortentwicklung und kontinuierlichen Ausgestaltung der Grundrechte angesichts sich permanent verändernder gesellschaftlicher Verhältnisse gerechtfertigt werden. Umgekehrt verfügt innerhalb dieses Prozesses niemand über ein Interpretationsmonopol. Als ein demokratischer kann er sich nur im Wege einer öffentlichen, deliberativen demokratischen Gesetzgebungspolitik realisieren.[11] Dies schließt nicht aus, dass Institutionen wie Verfassungsgerichte ermächtigt werden, in diesen Prozess mit Letztentscheidungsbefugnis zu intervenieren, doch bleiben auch diese Interventionen öffentlich kritisier- und damit langfristig änderbar. Für eine demokratische Kriminalpolitik folgt daraus, dass sie sich auf keinerlei Nullsummenspiele einlassen darf, weder auf dasjenige zwischen Recht und Demokratie, noch konkret auf dasjenige zwischen einem rechtlichen Schutz für den Täter und einem demokratisch legitimierten Schutz für das Opfer. Schutzpflichten gegenüber potentiellen Kriminalitätsopfern müssen daher immer auch Schutzpflichten gegenüber potentiellen Beschuldigten einschließen.

4 Demokratische Strafgesetzgebung und kommunikative Theorien der Strafe

Auf der Seite des Strafrechts ist in jüngerer Zeit dessen expressive oder kommunikative Bedeutung weitaus stärker akzentuiert worden als seine präventive. Das Spektrum reicht von Joel Feinbergs 1965 erschienener Studie *The Expressive Function of Punishment* über die Arbeiten Andreas von Hirschs zu *Just Deserts* und Antony Duffs zu *Punishment, Communication and Community* bis zu Günther Jakobs normgeltungszentrierter Theorie der positiven Generalprävention und Tatjana Hörnles opferzentrierter kommunikativer Straftheorie.[12] Die in verschiedenen Varianten behauptete expressive Bedeutung lässt sich auf allen Ebenen, von der Gesetzgebung über die strafjustizielle Anwendung bis zur Verurteilung und Vollstreckung, beobachten. Auf allen drei Ebenen wird dem Strafrecht heute oftmals die Funktion zugeschrieben, gesellschaftliche Wertüberzeugungen zu kommunizieren. Im Einzelnen soll es diese bestärken, im Falle ihrer Verletzung mögliche oder tatsächliche Irritationen über ihre nachhaltige Geltung neutralisieren, das sie verkörpernde Recht wiederherstellen und das Opfer als anerkanntes Mitglied der Gemeinschaft gemeinsam geteilter Werte restituieren.

Teilweise wird es sogar dafür in Anspruch genommen, einen gesellschaftlichen Konsens über solche Werte zuallererst herzustellen oder Zweifel am Bestehen eines Konsenses zu beseitigen. Die wertartikulierenden, -kommunizierenden, -stabilisierenden und -generierenden Funktionen des Strafrechts scheinen mit je unterschiedlichem Gewicht in einer gleichzeitig individualisierten und globalisierten, fragmentierten und pluralistischen Gesellschaft immer wichtiger zu werden. Nicht primär wegen seiner Effektivität, sondern wegen seiner expressiven Dimension fungiert Strafrecht zunehmend als ein Kommunikationsmedium für die System- und Sozialintegration, überhaupt für den gesellschaftlichen Zusammenhalt.[13] Dies auch und möglicherweise gerade dann, wenn der Zusammenhalt vor allem in der subjektiven Wahrnehmung derjenigen bedroht erscheint, die nach dem Strafrecht rufen. Das Strafrecht soll dann gewährleisten, was Emile Durkheim im Jahre 1893 als die »mechanische Solidarität« einer Gesellschaft bezeichnet hat – jene tiefliegende, fundamentale Schicht an Werten, die so zentral für die kollektive Identität einer Gesellschaft sind, dass sie den Beteiligten eigentlich nur in Fällen ihrer Verletzung bewusst werden und dann durch die öffentliche Inszenierung des strafjustiziellen Theaters bekräftigt werden müssen.[14] Freilich unterscheidet sich die heutige Situation von derjenigen am Ende des 19. Jahrhunderts unter anderem dadurch, dass Durkheim die strafrechtlich bloß artikulierte mechanische Solidarität als ein gegebenes soziales Faktum ansah, während es heute oftmals darum

11 Habermas (1992) 629; Habermas (2013); Günther (1988) 298.

12 Für einen Überblick s. Garland / Duff (Hg.) (1994); Duff (2001); für die deutschsprachige Diskussion s. Günther (2014); Hörnle (2017).

13 So z. B. Gärditz (2015) 23: »Strafrecht ist in einer säkularen Gesellschaft, die ihre Institutionen kühl durchrationalisiert hat, damit eine verbliebene Wärmequelle [*sic!*] gesellschaftlich integrierender Symbolik geblieben, die über eine schlichte Setzung von Rechtsfolgen hinausgreift.« Vgl. auch ebd., 87, wo von den »gemeinschaftsstiftenden Funktionen des Strafrechts« die Rede ist.

14 Durkheim (1988) 118 ff. (2. Kap.).

geht, eine solche mechanische Solidarität durch Strafrecht zuallererst herzustellen.

Die expressiv-symbolische Dimension demokratischer Kriminalpolitik und die expressiv-symbolische Dimension des Strafrechts korrespondieren miteinander. Sie be- und verstärken sich wechselseitig. Daher gibt es auch eine besondere Affinität der Demokratie zur Verwendung des Strafrechts als eines symbolischen Kommunikationsmittels. Wer als Moralunternehmer in der demokratischen Öffentlichkeit für ein Kriminalisierungsprojekt wirbt, gibt damit performativ zu verstehen, dass er es *ernst meint*, weil es für ihn um zentrale kollektive Werte der Gemeinschaft geht, die durch abweichendes Verhalten gefährdet seien, so dass es des Strafrechts bedürfe, um einen brüchigen Konsens wiederherzustellen oder einen Konsens zuallererst herzustellen Wer mit dem Strafrecht argumentiert, appelliert an die Tiefenschicht der mechanischen Solidarität.[15] Dies scheint vor allem dann zu geschehen, wenn es, wie in gegenwärtigen pluralistischen und individualistischen Gesellschaften üblich, Dissens, Streit und Konflikt über die angemessenen Deutungen der grundlegenden gemeinsamen Wertüberzeugungen gibt sowie über die Frage, welche politischen Folgerungen daraus für eine gelingende System- und Sozialintegration gezogen werden können und sollen. Das Strafrecht soll dann performativ-deklaratorisch diejenigen Werte bekräftigen, verstärken oder gar zur Geltung bringen, die jeweils für grundlegend gehalten werden. Dies gilt z. B. für so weit auseinanderliegende Gebiete wie das Wirtschafts- und das Sexualstrafrecht gleichermaßen. Auch wenn es sich um multinormative Forderungen handelt – hier die Pflicht, ein Wirtschaftsunternehmen gut zu führen, indem Manipulationen bei Geschäften, Steuerdelikte oder Korruption vermieden werden; dort die Pflicht, die psycho-physische Integrität im Verhältnis der Geschlechter zu achten und Fürsorge walten zu lassen, nicht zuletzt auch im Verhältnis Erwachsener zu Kindern –, fungiert das Strafrecht gleichermaßen in beiden Fällen als Kommunikationsmedium. Multinormativität wird durch Strafrecht als ein theatralischer Monolog über basale Normen des Zusammenlebens, in der Sprache der mechanischen Solidarität, kommuniziert.

5 Materialisierung der Freiheit und Demokratie

Beginnend mit Hobbes' Aristoteles-Kritik, fortgesetzt von Kant, dann explizit thematisiert bei Constant 1819 und Hegel 1821, profiliert sich die Demokratie der Moderne in ihrer Differenz zur Antike an ihrem Verhältnis zur individuellen Freiheit.[16] Für die Antike war politische Autonomie qua inklusiver Partizipation jedes (männlichen, erwachsenen, freien) Bürgers an der Gesetzgebung widerspruchslos kompatibel mit einer individuellen Lebensführung, die sich der kollektiven Identität, dem gemeinschaftlichen Ethos des guten Lebens, zu unterwerfen hatte. Öffentliche Zensur des sittlichen Verhaltens der Einzelnen ging Hand in Hand mit politischer Autonomie. Die Moderne etabliert das gleiche individuelle »Recht auf subjektive Freiheit«,[17] das eine autonome Lebensführung ermöglicht, die zwar durch eine demokratische Gesetzgebung als ein System gleicher Rechte für jeden Bürger ausgestaltet werden muss, aber außer der Befolgung dieser Gesetze keine Identifikation mit einem kollektiven Ethos fordert. Was durch diese Gesetze nicht verboten ist, bleibt rechtlich erlaubt, auch wenn es der allgemeinen Sittlichkeit widerspricht. Die Autoren demokratischer Gesetzgebung sind Personen mit gleichen Freiheitsrechten und bleiben dies auch als Adressaten. Freiheit ist primär negative Freiheit gegenüber willkürlichen Eingriffen des Staates und solchen von Dritten.

Der Vorrang negativer Freiheit darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihre Bedeutung sich keineswegs in der Abwehr von Eingriffen und dem Verharren in bloßer Passivität erschöpft. Es handelt

15 Gärditz (2015) 84, spricht in diesem Sinne affirmativ vom »Strafrecht in seiner vorrationalen Undeutlichkeit«, das »urtümliche Bedürfnisse nach sozialer Kontrolle befriedige«, weswegen »die konstitutionelle Positivierung des Strafrechts […] gerade die hintergründigen Erwartungen und Ethiken des Strafens für eine verfassungstheoretische Analyse interessant (mache)«. *Interessant* heißt dann, dass die Konstitutionalisierung des Strafrechts und deren verfassungstheoretische Analyse »die Nabelschnur zur Metaphysik« des Strafrechts nicht »endgültig […] kappen« dürfe (85). Zum Strafrecht als säkularisierte und rationalisierte Antwort auf das Problem der Theodizee s. kritisch Günther (2005b).

16 Hobbes (1984) 133 f. (17. Kap.); Constant (1972) 365; Hegel (1970) § 124.

17 Hegel (1970) ebd. und § 260.

sich primär um eine Freiheit der Mobilisierung, der Bewegung, eine Freiheit der »Zirkulation« sowie der Aktivität und Aktivierung, und zwar sowohl der Personen als auch der Sachen.[18] Deutlich wird dies u. a. an der Gewerbefreiheit, der Befreiung der Arbeitskraft aus feudalen Bindungen sowie, nicht zuletzt, der Freiheit des Eigentums an beweglichen wie unbeweglichen Sachen. Eduard Gans hat dies in seinen über Hegels Rechtsphilosophie gehaltenen Vorlesungen Ende der 1820er Jahre wohl am deutlichsten zum Ausdruck gebracht: »Herr des Eigentums zu sein heißt im höchsten Sinn, sich dessen im vollen Bewusstsein entäußern zu können. Dieses Vermögen unterscheidet die menschliche Person vom Tier.«[19] Nach Foucault ist es diese dezentrale Freiheit der Zirkulation, mit der sich der moderne Staat und andere Institutionen sozialer Kontrolle als Bio-Macht etablieren. Sie setzen auf die Freiheit eines jeden Bürgers, das eigene Leben im Austausch mit anderen freien Personen so zu gestalten, dass das Leben der Bevölkerung insgesamt produktiv gesteigert und sicher wird. Dies setzt freilich voraus, dass jeder Einzelne in vielfältigen Sozialisationsprozessen der Subjektivierung in das Netz von Einstellungen und Verhaltensweisen eingewoben wird, das ihn zum eigenverantwortlichen und gleichzeitig für die Bevölkerung vorteilhaften Gebrauch der Freiheit befähigt.

Damit wird zugleich sichtbar, dass das Recht der subjektiven Freiheit von Voraussetzungen abhängt, die gesellschaftlich hergestellt und reproduziert werden müssen. Dies zu gewährleisten wird auch zu einer Aufgabe des Rechts, spätestens dann, wenn es um die Kompensation der massiven sozialen Ungleichheit geht, die schon bestand, als das gleiche Recht auf subjektive Freiheit sich langsam durchzusetzen begann, und sich als Folge der entsprechenden gesellschaftlichen Praxis vor allem in den ökonomischen Verhältnissen verschärfte. Das 19. und mindestens die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts sind durch politische Kämpfe gekennzeichnet, die darauf abzielten, das formal gleiche Recht auf subjektive Freiheit zu materialisieren. In größerem Umfang und dauerhaft gelang dies freilich erst, als demokratische Gesetzgeber sich dieses Ziel zu eigen machten und den modernen Sozial- und Wohlfahrtsstaat schufen.[20]

Im Prozess der demokratischen Materialisierung des gleichen Rechts auf Freiheit wächst dem Strafrecht die Aufgabe zu, im Konzert mit anderen Rechtsgebieten die freiheitsfunktionalen Voraussetzungen zu ermöglichen und vor Funktionsstörungen durch abweichendes Verhalten zu schützen.[21] Dies geschieht vor allem durch die Expansion des Strafrechts zum Schutz kollektiver Rechtsgüter über den schon geltenden Schutz des Staates, des Geldes und, mit nachlassender Bedeutung, der christlichen Religion hinaus, z. B. mit den Rechtsgütern der Funktionsfähigkeit verschiedener Märkte, des Wettbewerbs oder einzelner Modalitäten des Zahlungsverkehrs, schließlich auch des Interesses der Solidargemeinschaft an der Gewährleistung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung (§ 266b StGB). Das wohlfahrtsstaatliche Paradigma bringt komplementär dazu einen sozialtherapeutischen Diskurs über den Delinquenten hervor, der Kriminalität als Effekt von Störungen der komplexen und fragilen Prozesse der Subjektivierung und Sozialisierung thematisiert, durch welche der Einzelne sich so zu organisieren lernt, dass er von der Freiheit einen biopolitisch funktionalen Gebrauch macht. Sie sollen durch Resozialisierung behoben oder wenigstens soweit reduziert werden, dass der Delinquent in der Lage ist, künftig ein äußerlich straffreies Leben zu führen.[22]

Das wohlfahrtsstaatliche Paradigma einer demokratisch materialisierten Freiheit erweist sich freilich in wenigstens zwei Hinsichten als zunehmend prekär: *Erstens* verdeutlicht die Transformation moderner Gesellschaften in Risikogesellschaften die Störungsanfälligkeit der komplexen sozialen Teilsysteme durch globale Aufmerksamkeit erregende Katastrophen wie den schweren Reaktorunfall 1986 in Tschernobyl. Gerade komplexe Technologien lassen sich auch nicht mehr durch die Subjektivierung von Verhaltenspflichten im eigenverantwortlichen Verhalten von Individuen und eine entsprechende Expansion von Fahrlässigkeitstatbeständen so einfach auffangen wie zuvor noch im motorisierten Straßenverkehr. Darüber

18 Foucault (2004) 78.
19 Gans (2005) 93.
20 S. statt vieler Grimm (1987); Böckenförde (1991) 143.
21 Dazu ausführlicher Günther (2016) 520.
22 Foucault (1976) 391 ff.; Garland (1985).

wird der Staat zunehmend zum Präventionsstaat, der bereits weit im Vorfeld einer Gefahr interveniert – im Namen einer Sicherheit, die zum Super-Grundrecht aufgewertet wird und demokratische Strafgesetzgebung zur Expansion treibt. *Zweitens* wird das Recht auf gleiche subjektive Freiheit mit zunehmender Komplexität moderner Risikogesellschaften und gleichzeitiger kultureller und gesellschaftlicher Pluralisierung von Wertüberzeugungen selbst mehr und mehr als ein Risiko wahrgenommen. Stand am Beginn der Moderne das aktivistische Freiheitsverständnis im Zeichen von Risikoaffinität und -bereitschaft vor allem im ökonomischen System, als Chance innovativer Produktivität mit dem Risiko von Scheitern und Verlust,[23] tritt jetzt die destruktive Seite deutlicher hervor. Die erforderlichen Prozesse der Subjektivierung und Sozialisierung, des ständigen Überprüfens und Korrigierens eigener Absichten und Überzeugungen wird unter diesen Bedingungen selbst vulnerabel.

6 Vulnerabilität – strafrechtsbegrenzend oder -erweiternd?

Freiheit wird jedoch nicht nur zu einem sozialen Risiko für die Funktionsfähigkeit ihrerseits störungsanfälliger sozialer Teilsysteme. Auf der Seite der Individuen wird dieses Risiko so erfahren, dass mit zunehmender Abhängigkeit des Einzelnen in seiner autonomen Lebensführung von der gelingenden Inklusion in die sozialen Funktionssysteme zugleich dessen Verletzlichkeit größer wird. Je mehr Pluralisierung und Individualisierung in einer Gesellschaft zunehmen, desto komplexer und anspruchsvoller wird für jeden Bürger die Aufgabe, sich im Verhältnis zu anderen zu einem Selbst zu formieren, das auch inklusionsfähig ist. Auch wenn Individualisierung und Sozialisation stets Hand in Hand gehen, wird unter den aktuellen Bedingungen jedem Einzelnen vollends bewusst, in welchem Maße und Umfang das jeweils eigene Selbst von gelingender sozialer Kooperation mit anderen abhängt.[24] Wie Rudolf Stichweh gezeigt hat, ist der Beginn der Moderne durch »Inklusionsrevolutionen« geprägt, durch welche es jedem Individuum möglich wird, an allen gesellschaftlichen Teilsystemen zu partizipieren, während diese Systeme sich gleichzeitig global erweitern. Jedes Individuum »kommt als Inklusionsadresse in Frage«.[25] Da jedoch kein Individuum permanent und in allen Funktionssystemen gleichzeitig inkludiert sein kann, unterscheidet es sich von anderen gerade durch die jeweils individuelle Kombination von Inklusionen und Exklusionen: »Jedes Individuum ist der Möglichkeit nach in jedem Funktionssystem inkludiert, aus der Reaktion auf die Vielzahl der Inklusionsmöglichkeiten und vollzogenen Inklusionen ergibt sich die Form der modernen Individualität. Jedes Individuum ist in diesen Realisierungen von Inklusion von jedem anderen Individuum unterschieden und ist genau deshalb als ein Individuum zu erkennen.«[26] In dem Maße, wie das Individuum von solchen singulär kombinierten Inklusionen[27] abhängig wird, steigt seine Verletzlichkeit, die im schlimmsten Fall in dauerhafte Exklusionen umschlägt.

Prozesse der Individuierung und der Subjektivierung unter Bedingungen moderner pluralistischer Risikogesellschaften mit Vollinklusion in globale Kommunikationssysteme sind anspruchsvoll, langwierig und prekär, erfordern Offenheit gegenüber anderen ebenso wie die Fähigkeit, sich abzugrenzen und sind daher prinzipiell konfliktträchtig. Sowohl das Selbstverhältnis als auch die jeweils eigene Handlungs- und Konfliktfähigkeit formieren sich stets nur vorläufig innerhalb eines unabschließbaren Prozesses. Dies gilt vor allem dann, wenn man nicht mehr in lokalen und traditionalen Gemeinschaften mit hergebrachten Normen, festgefügten Rollen und Erwartungen sowie langfristigen Bindungen aufwächst und sein Leben führt. Sich in einer sozialen Welt zu bewegen, die durch eine Pluralität von Werteordnungen, eine hohe Diversität von Lebensformen, wechselnde oder prekäre Bindungen und ein hohes Maß an Individualisierung gekennzeichnet ist, führt zu einer latent (oder manifest widersprüchlichen) Erfahrung: derjenigen eines erheblichen Freiheitsgewinns, einer Befreiung aus vorgegebenen Rollen-

23 Vgl. z. B. Hayek (1944/2014) 131.
24 Vgl. nur Habermas (1988) 187.
25 Stichweh (2016) 167, 221 und öfter.
26 Stichweh (2020).
27 S. dazu auch Reckwitz (2017).

erwartungen, und gleichzeitig einer intensivierten Abhängigkeit von den kommunikativen, sozialen und ökonomischen Voraussetzungen, unter denen dies allein durch Inklusion möglich wird.[28]

Die Erfüllbarkeit dieser Voraussetzungen und damit das Gelingen der Inklusion ebenso wie das Vermeiden von irreversiblen Exklusionen werden ungewisser. Eine besondere Relevanz scheint dabei vor allem die soziale Dimension der Anerkennung zu besitzen, auf die jeder Einzelne angewiesen ist, ohne sie jedoch unter Bedingungen des Pluralismus sicher erwarten zu können.[29] Es besteht daher ein latent paradoxes Spannungsverhältnis zwischen individueller Freiheit und notwendiger Abhängigkeit von den anderen unter Bedingungen der Ungewissheit. Es handelt sich um Ungewissheit über das künftige *Verhalten der anderen* (die aus der Freiheit der anderen sowie aus der Pluralität der Werte und der Diversität ihrer Lebensformen und damit generell aus ihrer jeweiligen Fremdheit resultiert), über *die Konfliktträchtigkeit notwendiger sozialer Kooperationen* (und damit die Ungewissheit über Art und Ausgang des Konflikts) und die *Offenheit der Zukunft* (die Ungewissheit über das, was – vor allem im Verhältnis zu den anderen – kommen wird).

In einem elementaren Sinne sind diese drei miteinander zusammenhängenden Arten von Ungewissheit konstitutiv für das Zusammenleben der Menschen in einer natürlichen Umwelt.[30] Sie lassen sich daher auch nicht vollständig beseitigen; außerdem würde mit der Verwandlung von Ungewissheit in Gewissheit jenes Freiheitspotential verloren gehen, das im spontanen und zufälligen Neu-Anfangen-Können eines jeden Menschen steckt.[31] Angesichts des Risikos, jederzeit in existentielle Bedrohungen umschlagen zu können, lassen sie sich nur erträglicher machen durch soziale Bindungen, die zugleich auch Selbstbindungen sind, paradigmatisch durch das Versprechen.

In jüngerer Zeit hat vor allem die feministische Kritik das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Abhängigkeit unter Bedingungen der Ungewissheit akzentuiert. Dieses Spannungsverhältnis wird erfahrbar und sichtbar an der basalen Verletzlichkeit des je eigenen Körpers, die aus der gleichzeitigen Ausgesetztheit und Angewiesenheit des Lebens eines Menschen im Verhältnis zu anderen resultiert. Nach Judith Butler ist diese ursprüngliche Relationalität des menschlichen Lebens noch vor jeder Individualisierung und Subjektwerdung als Person gegeben.[32] Als solche hat sie einen ontologischen, aber keinen essentialistischen oder statischen Charakter. »Diese *Verletzlichkeit* ist zwar ontologisch, aber nicht unabhängig von sozialen und politischen Bedingungen zu denken. Sie ist ein existenzielles Gemeinsames, aber sie ist zugleich relational, historisch und geografisch unterschiedlich. Die ungleich verteilte Verletzlichkeit hat damit etwas sowohl Trennendes, als auch etwas Verbindendes.«[33] Da diese Verletzlichkeit eines jeden Einzelnen letztlich unüberwindbar bleibt, kann soziale Kooperation nur gelingen, wenn sie akzeptiert und nicht verdrängt wird. Letzteres ist aber, so lautet die feministische Kritik, in nach wie vor überwiegend patriarchalisch strukturierten Gesellschaften der Fall. Das sozial nach wie vor dominante Ideal des »autonomen Selbst« im Sinne einer autarken (maskulinen) Ich-Identität speist sich aus der Verdrängung der ursprünglichen Verletzlichkeit und Relationalität des menschlichen Lebens.

Dazu gehört auch das Reaktionsmuster der aggressiven Abwehr und der projektiven Identifikation des Fremden und Anderen mit dem Kriminellen und Bösen.[34] Die naheliegende Vermutung, dass die Akzentuierung der ontologischen Verletzlichkeit des menschlichen Lebens zur Rechtfertigung verstärkter Kriminalisierungsforderungen dienen könnte, trifft daher so nicht zu. Vielmehr ist es der Wunsch nach Verdrängung dieser basalen Disposition, die den Ruf nach verstärktem Schutz durch Strafrecht und Strafe laut werden lässt. Soll das Bewusstsein der eigenen und wechselseitigen Verletzlichkeit nicht in aggressive Projektionen auf bedrohlich, gefährlich oder feindselig wahrgenommene Dritte, aber auch nicht in lähmende Ängste, Passivität, Rückzug und Selbst-Marginalisierung umschlagen, bedarf es des sozialen Vertrauens. Vertrauen lässt sich jedoch nicht administrativ

28 Zu dieser von Anthony Giddens und Ulrich Beck entwickelten Deutung und ihren kriminalpolitischen Folgerungen s. Günther (2016) 520; Günther (2013b).

29 Pistrol (2016); Honneth (2018).

30 Darauf hat Hannah Arendt in ihren Schriften immer wieder aufmerksam gemacht.

31 Arendt (2018).

32 Butler (2012); Butler (2014); vgl. dazu auch Pistrol (2016).

33 Moser (2017).

34 Ebd.

herstellen, sondern nur unter günstigen Randbedingungen von den Beteiligten selbst generieren. Zu den begünstigenden Randbedingungen gehört die Geltung grundlegender Normen des gleichen Respekts und der gleichen Sorge (Dworkins »equal concern and respect«[35]). Dieses Vertrauen ist eine essentielle Ressource der Freiheit verletzlicher Personen unter Bedingungen gesellschaftlicher Ungewissheit. Deutlich wird dies an einer erhöhten Sensibilität für Diskriminierungen und andere Formen der Marginalisierung und Exklusion, also der Verletzung des Rechts, als ein Gleicher in seiner sowie eine Gleiche in ihrer Verschiedenheit anerkannt zu werden.

Wenn die These zutrifft, dass das Spannungsverhältnis von individueller Freiheit und sozialer Abhängigkeit in pluralistischen, diversen (und kapitalistischen) Gesellschaften zu einer gegenüber der ontologischen Disposition noch einmal intensivierten Erfahrung von Verletzlichkeit im Verhältnis des Einzelnen zu den anderen führt, so hat dies kriminalpolitisch ambivalente Folgen: Sie verstärkt die Sensibilität für und intensiviert die Aufmerksamkeit auf Verletzungen durch die Ausübung privater Macht sowie, vor allem, auf verletzende Nebenfolgen und Risiken. Die Reaktion darauf kann in zwei entgegengesetzte Richtungen zielen. Die eine zielt rückwärtsgewandt auf das verzerrte Ideal eines autonomen (maskulinen) Selbst, das sich mit Hilfe der repressiven und präventiven staatlichen Strafmacht gegen eine Welt von Fremden und Feinden zur Wehr setzt. Eine strafbarkeitserweiternde und -verschärfende Kriminalpolitik wäre dann das Symptom einer regressiven, maskulinen Politik des sich aggressiv abgrenzenden, dabei die eigene Verletzlichkeit verdrängenden Selbst. Die andere Reaktion zielt wiederum auf eine extreme Position, wofür es ebenfalls einige Indizien gibt: Der ontologische Status der Verletzlichkeit besitzt eine Affinität zum Opfer-Diskurs.[36] »Verletzlichkeit« hat einen unaufhebbaren subjektiven Erfahrungsaspekt, der sich in der individuellen, im schlimmsten Fall traumatischen Betroffenheit des Opfers manifestiert. Dieser Aspekt ist nur begrenzt verallgemeinerbar, er kann nur unter denjenigen geteilt werden, die ein ähnliches Schicksal erlitten haben. Das traumatisierte Opfer ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass es unter einem fundamentalen Verlust an Vertrauen leidet, also jener basalen Voraussetzung für ein individuell freies Leben unter den oben genannten Bedingungen gesellschaftlicher Ungewissheiten. Daher fordert der Opfer-Status politisch eine »Politik der Nähe«, der Empathie oder der »Aufmerksamkeit für das Besondere«,[37] die sich auch in einer verstärkten kriminalpolitischen Mobilisierung äußern kann. Die expressiv-symbolische Dimension des Strafrechts wird deshalb oftmals dafür benutzt, das Vertrauen in stabile Anerkennungsverhältnisse im Sinne gleichen Respekts und gleicher Sorge durch Dritte, durch die anderen, einzufordern. Als (heterogene) Beispiele ließen sich die jüngsten Strafrechtsreformen der Verschärfungen des Sexualstrafrechts und des besonderen strafrechtlichen Schutzes für Polizisten und Unfallrettungskräfte in Deutschland nennen, darüber hinaus alle strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Maßnahmen zur Stärkung des Opferschutzes. Für diese Tatbestände ist charakteristisch, dass sie auf eine verbreitete Akzeptanz sowohl bei Teilen der Strafrechtswissenschaft als auch bei der Bevölkerungsmehrheit stoßen oder sogar durch diese gefordert wurden.[38]

35 Z. B. Dworkin (1986) 213.

36 Günther (2012); Reckwitz (2017) 428.

37 Rosanvallon (2010) 233.

38 Vgl. dazu (kritisch) Kölbel (2019). Als dritte Alternative für Reaktionen vor allem auf Gewaltdelikte ist in Umrissen eine *Transformative Justice*-Bewegung erkennbar, die vor allem aus den spezifischen Vulnerabilitäts-Erfahrungen sexualisierter Gewalt gegen Frauen und LGBTQs sowie rassistischer Gewalt gegen *people of colour* auf anspruchsvolle informelle, lokal arbeitende Netzwerke der Kommunikation zielt, in denen eine gemeinschaftliche Klärung von Gewaltakten und Verantwortungsübernahme möglich werden soll, um so Transformationsprozesse, vor allem bei den Tätern, auszulösen, und zwar jenseits einer formalisierten Sozialkontrolle und eines staatlichen Sanktionsapparates. Aufschlussreich dazu der Erfahrungsbericht des Berliner *Transformative-Justice*-Kollektivs, das sich unter dem Druck überfordernder Erwartungen an informelle transformative Konfliktbewältigung aufgelöst hat: https://www.transformativejustice.eu/de/transformation-auch-fur-uns/. Die Bewegung als solche ist freilich vielfältig und transnational, mit Schwerpunkten in Nordamerika, siehe https://www.whatreallymakesussafe.com/#/home. Ob und inwiefern es sich dabei um ein Projekt der »Sicherheit von Links« handelt (so Brazzell [2017]) und/oder um eine Fortsetzung jener Gefängnisreform- und Abolitionsbewegungen, die auf entsprechende Traditionen einzelner Gruppen des Protestantismus wie die Quäker zurückgeht (vgl. dazu Freitag [2014] 18), so z. B. bei Morris (2000), bedürfte genauerer Forschung. In eine ähnliche Richtung bewegt sich mit

7 Bürger-Tugend und Pflicht zur moralischen Rücksichtnahme als Obliegenheit der Adressaten eines demokratischen Strafrechts?

In Teilen der (deutschen) Strafrechtswissenschaft gibt es inzwischen eine Tendenz, auf diese Entwicklungen durch eine entsprechende Deutung der normativen Position des Adressaten strafrechtlicher Verhaltensnormen zu reagieren. Der primären strafrechtlichen Verhaltensnorm wird eine Sekundärnorm im Sinne einer generellen Pflicht zu rechtstreuem Verhalten hinzugefügt. Ulfrid Neumann hat schon 1985 in seiner Auseinandersetzung mit Hruschka kritisch von einer »Verdoppelung der normativen Bindung des Adressaten« gesprochen.[39] Michael Pawlik formuliert dies am deutlichsten, wenn er betont, »dass eine freiheitliche Ordnung ohne die ständige Bemühung der Bürger um Rechtlichkeit nicht überleben kann«.[40] Diese Pflicht zur Bemühung um Rechtlichkeit wird als »Bemühensobliegenheit« jedes Verhaltensnormadressaten gefasst, sich selbst so zu organisieren, dass die Rechte und Güter des anderen gewahrt werden. Es handelt sich also um die Pflicht eines jeden gegenüber sich selbst, sich so zu disponieren, dass er Situationen und Verhaltensweisen meidet, die eine Verletzung strafrechtlicher Verhaltensnormen zur Folge haben können. Im Grunde geht es um eine generalisierte Sorgfaltspflicht, wofür auch die Genese dieser Konzepte aus den strafrechtsdogmatischen Versuchen einer Relativierung des Unterschieds zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (Fahrlässigkeit als Vorstufe des Vorsatzes) spricht. Im Falle einer (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verhaltensnormverletzung kann dann die »unzureichende Erfüllung jener Bemühensobliegenheit«[41] zum Ausgangspunkt der subjektiven Zurechnung gemacht werden. Frauke Rostalski spricht davon, dass jeder Einzelne eine »individuelle[n] Pflichtenstellung als Bürger«[42] innehabe, sich die strafrechtlichen Verhaltensnormen so anzueignen, dass tatbestandliche Erfolge vermieden werden. Tatjana Hörnle spricht aus der 2. Person-Perspektive (d. h. der Perspektive des Opfers) davon, dass neben der Feststellung der Verletzung einer geltenden strafrechtlichen Verhaltensnorm »die Person, der ein Vorwurf gemacht werden soll, in begründeter Weise als diejenige zu identifizieren ist, die unter Missachtung von Rücksichtnahmepflichten gegenüber anderen eine Normverletzung begangen hat«.[43] Während bei Pawlik und Rostalksi also eine Art Staatsbürgertugend des Adressaten strafrechtlicher Normen gefordert wird, rechtfertigt Hörnle die Pflicht zur Rücksichtnahme aus dem moralischen Verhältnis der 2. Person-Perspektive (unter Bezugnahme auf Jay Wallace). Ganz gleich, ob Staatsbürgertugend oder moralische Rücksichtnahmepflicht – in beiden Fällen handelt es sich um eine Art allgemeiner Solidaritätspflicht jedes Einzelnen, welche dem öffentlichen Strafrecht vorgelagert wird. Auf diese Weise wird das »Leitbild des guten (Mit-)Bürgers« zum neuen Leitbild einer Kriminalpolitik der Verletzlichkeit. Die Orientierung an diesem Leitbild muss nicht mit unmittelbar strafbarkeitserweiternden und strafverschärfenden Folgen einhergehen, aber sie könnte zu einer verstärkten Kontrolle und Prävention durch informationstechnologische Beobachtung, Überwachung, Datensammlungen und Datenaustausch führen.[44]

Wie bei allen neuen kriminalpolitischen Projekten bleibt abschließend die Frage, ob die demokratisch mit guten Gründen gerechtfertigten Ziele mit den Mitteln des Strafrechts auch wirklich erreicht werden können. Dass pluralistische und diverse Gesellschaften unter Bedingungen eines globalisierten Kapitalismus mit Organisationen privater Macht, die tief und mit weitreichenden Folgen in die Lebensführung aller Bürger eingreifen können, auf ein hohes Maß an sozialem Vertrauen, auf basale Normen des gleichen Respekts und der Sorge, auf ein Bemühen jedes Einzelnen um Rechtlichkeit (z. B. *compliance* in Wirtschaftsunternehmen) und um gegenseitige Rücksichtnahme angewiesen sind, wird niemand bezweifeln. Aber kann das Strafrecht, auch ein symbolisch-expressives Strafrecht, diese ungeheure Aufgabe

Blick auf die Prävention von Straftaten mit konkreter Schädigung von individuellen Opfern die Kritik an Polizei und Polizeigewalt, vgl. nur Vitale (2017) und Loick (2018).

39 Neumann (1985) 389, 398; jetzt auch: Neumann (2019) 455.

40 Pawlik (2012) 371, Fn. 661.

41 Pawlik (2012) 371.

42 Rostalski (2016) 80.

43 Hörnle (2013) 51–53.

44 Vgl. dazu Burchard (2019) 537 ff.

schultern?[45] Abgesehen davon überfordert diese neue Konzeption eines Pflicht-Strafrechts auch die Normadressaten. Es mutet ihnen unter Bedingungen wachsender sozialer Ungleichheit und Unsicherheit in einem globalisierten Kapitalismus mit prekären Lebensbedingungen und wachsender privater Macht zu, sich als ein moralisches Subjekt der Pflicht zur Rücksichtnahme oder als Bürger-Subjekt der Bemühung um Rechtstreue zu organisieren. Wie oben (unter Nr. 5) gezeigt, gelingt schon die Subjektivierung von Sorgfaltsnormen im Umgang mit komplexen und riskanten Technologien kaum noch. Wenn überhaupt, wäre das nur dann gerechtfertigt, wenn alle Adressaten strafrechtlicher Verhaltenspflichten auch deren Autoren, also tatsächlich Mit-Strafgesetzgeber wären.[46]

■

Bibliographie

- Arendt, Hannah (2018), Die Freiheit, frei zu sein, München
- Becker, Christan, Thomas Rönnau (2018), Freiheit, Wirtschaft, Macht – Braucht der freiheitliche Staat ein marktkritisches Strafrecht?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 130, 340–373
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991), Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a. M., 143–169
- Brazzell, Melanie (2017), Sicherheit von Links. Der transformative Justice-Ansatz, in: Luxemburg online, Blogbeitrag vom Dezember 2017, https://www.zeitschrift-luxemburg.de/sicherheit-von-links-der-transformative-justice-ansatz/
- Burchard, Christoph (2019), Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka) 27, 527–555
- Butler, Judith (2012), Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation, in: Journal of Speculative Philosophy 26,2, 134–151
- Butler, Judith (2014), Bodily Vulnerability, Coalitions, and Street Politics, in: Critical Studies 37, 99–119
- Constant, Benjamin (1972), Über die Freiheit der Alten im Vergleich zu der der Heutigen, in: ders., Werke, hg. v. Blaeschke, Axel, Lothar Gall, Bd. IV, Berlin, 363–396
- Duff, R. Antony (2001), Punishment, Communication, and Community, Oxford
- Durkheim, Emile (1988), Über soziale Arbeitsteilung, Berlin
- Dworkin, Ronald (1986), Law's Empire, Cambridge/MA
- Edelman, Murray (1964), The Symbolic Uses of Politics, Urbana
- Foucault, Michel (1976), Überwachen und Strafen, Frankfurt a. M.
- Foucault, Michel (2004), Geschichte der Gouvernementalität I, Frankfurt a. M.
- Freitag, Sabine (2014), Kriminologie der Zivilgesellschaft, München
- Gans, Eduard (2005), Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, Tübingen
- Garland, David (1985), Punishment and Welfare, Aldershot
- Garland, David (2001), The Culture of Control, Chicago
- Garland, David, R. Antony Duff (Hg.) (1994), A Reader on Punishment, Oxford
- Gärditz, Klaus F. (2015), Staat und Strafrechtspflege, Paderborn
- Günther, Klaus (1988), Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt a. M.
- Günther, Klaus (2005a), World Citizens between Freedom and Security, in: Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory 12, 379–391
- Günther, Klaus (2005b), Kritik der Strafe II, in: WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung 1, 131–141
- Günther, Klaus (2005c), Schuld und kommunikative Freiheit, Frankfurt a. M.
- Günther, Klaus (2012), Ein Modell legitimen Scheiterns – Der Kampf um Anerkennung als Opfer, in: Honneth, Axel, Ophelia Lindemann et al. (Hg.), Strukturwandel der Anerkennung. Paradoxien sozialer Integration in der Gegenwart, Frankfurt a. M., 185–248
- Günther, Klaus (2013a), Responsibility to Protect and Preventive Justice, in: Ashworth, Andrew, Lucia Zedner et al. (Hg.), Prevention and the Limits of the Criminal Law, Oxford, 69–90

45 Nach Gärditz (2015) 83 f. kommt es auf die empirisch nachweisbare Wirksamkeit des Strafrechts gar nicht an: »Der Zauber des Strafrechts (*sic!*) besteht […] gerade in dem grellen Kontrast von Eingriffsschärfe und auffälliger Unterbilanz an empirischer Wirksamkeit sowie Rationalisierbarkeit. Strafrecht als staatliche Reaktion auf Normbrüche brauchen wir nicht, weil Funktionsmechanismen valide belegt oder ein Nachweis der sozialen Steuerungskraft erbracht wäre. Wir brauchen es, weil sein sozialer Sinn als öffentlicher Kommunikationsbeitrag unmittelbar verstanden wird.«

46 Günther (2005c).

- Günther, Klaus (2013b), »Du musst Dein Leben ändern« – Die ethische Produktivität des Menschen und ihre Ausbeutung, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 58, 81–90
- Günther, Klaus (2014), Criminal Law, Crime and Punishment as Communication, in: Simester, A. P., Antje du Bois-Pedain et al. (Hg.), Liberal Criminal Theory, Oxford, 123–140
- Günther, Klaus (2016), (Bedrohte) individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht – Welche Freiheiten?, in: Kritische Justiz 49,4, 520–534
- Günther, Klaus (in Vorbereitung), Crisis of Democracy: Rule of Law or Rule by Law?, in: Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory
- Grimm, Dieter (1987), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M.
- Habermas, Jürgen (1988), Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G.H. Meads Theorie der Subjektivität, in: ders., Nachmetaphysisches Denken, Frankfurt a. M., 187–241
- Habermas, Jürgen (1992), Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M.
- Habermas, Jürgen (2013), Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, in: ders., Im Sog der Technokratie, Berlin, 67–81
- Hassemer, Winfried (1989), Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 9,12, 553–559
- Hayek, Friedrich A. (1944/2014), Der Weg zur Knechtschaft, München
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1970), Grundlinien der Philosophie des Rechts (Werke, Bd. 7), Frankfurt a. M.
- Hobbes, Thomas (1984), Leviathan, hg. v. Fetscher, Iring, Frankfurt a. M.
- Honneth, Axel (2018), Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte, Berlin
- Hörnle, Tatjana (2013), Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, Baden-Baden
- Hörnle, Tatjana (2017), Straftheorien, 2. Aufl., Tübingen
- Kant, Immanuel (1797), Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg
- Kölbel, Ralf (2019), Die dunkle Seite des Strafrechts, in: Neue Kriminalpolitik 31,3, 249–263
- Kunz, Karl-Ludwig (2010), Zur Symbolik des Strafrechts, in: Dölling, Dieter, Bert Götting et al. (Hg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag, Berlin, 353–368
- Loick, Daniel (Hg.) (2018), Kritik der Polizei, Frankfurt a. M.
- Mathieu, Bertrand (2017), Le droit contre la démocratie?, Paris
- Mathieu, Bertrand (2018), De quoi le mouvement des »gilets jaunes« est le révélateur?, Blogbeitrag vom 03.12.2018, http://www.bertrandmathieu.fr/2018/12/de-quoi-le-mouvement-des-gilets-jaunes-est-le-revelateur.html
- Morris, Ruth (2000), Stories of Transformative Justice, Toronto
- Moser, Geneva (2017), Verletzlichkeit. Alle Menschen sind verletzlich – sind es einige mehr als andere?, in: philosophie.ch., Blogbeitrag vom 05.04.2017, https://www.philosophie.ch/philosophie/highlights/liebe-und-gemeinschaft/verletzlichkeit
- Naucke, Wolfgang (1982), Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 94,3, 525–564
- Naucke, Wolfang (2012), Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat, Münster
- Neumann, Ulfrid (1985), Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 389–401
- Neumann, Ulfrid (2019), Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka) 27, 455–472
- Pawlik, Michael (2012), Das Unrecht des Bürgers, Tübingen
- Pistrol, Florian (2016), Vulnerabilität. Erläuterungen zu einem Schlüsselbegriff im Denken Judith Butlers, in: Zeitschrift für Praktische Philosophie 3,1, 233–273
- Reckwitz, Andreas (2017), Die Gesellschaft der Singularitäten, Berlin
- Rosanvallon, Pierre (2010), Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit – Reflexivität – Nähe, Hamburg
- Rostalski, Frauke (2016), Normentheorie und Fahrlässigkeit – Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 73–89
- Stichweh, Rudolf (2016), Inklusion und Exklusion, 2. Aufl., Bielefeld
- Stichweh, Rudolf (2020), Wie Inklusion und Exklusion Gesellschaften prägen, in: Forschung und Lehre, Beitrag vom 11.04.2020, https://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/wie-inklusion-und-exklusion-gesellschaften-praegen-2686/
- Vitale, Alex S. (2017), The End of Policing, London
- Weber, Max (1976), Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen